Die Lösung hypothekbelasteter beweglicher Sachen u. Forderungen von der Pfandhaftung durch den Konkursverwalter.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Otto Kretschmann
Referendar in Königstein (Elbe).

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Buchdruckerei Friedr. Schulze, Heidelberg
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547020_0031

Meinem lieben Vater
in Dankbarkeit gewidmet.

Literatur-Verzeichnis.

A. Kommentare, Lehrbücher und Abhandlungen.

Dernburg: Bürgerliches Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 4. Aufl. 1908.

Fischer-Schaefer: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 2. Aufl. 1910.

Fuchs: Kommentar zur Grundbuchordnung. 2. Aufl. 1906/08.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Komm. 10. Aufl. 1911.

Heinitz: Hypothekennot, in der Deutschen Juristenzeitung 1914, 34 ff.

Jaeckel-Güthe: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Komm. 4. Aufl. 1912.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. Vierte neubearbeitete Auflage. 1911.

Jaeger: Leitfaden zur Vorlesung über Zivilprozeßrecht. (Als Manuskript gedruckt.)

Jaeger: Leitfaden zur Vorlesung über Konkursrecht. (Als Manuskript gedruckt.)

Josef: Veräußerung von Zubehör und Einziehung der Versicherungsforderung durch den Konkursverwalter, in Leipziger Zeitschrift 1909, 521 ff.

Kommentar von Reichsgerichtsräten. 2. Aufl. 1913.

Kretzschmar: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1. Aufl. 1904.

Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Aufl. 1906.

v. d. Pfordten: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 1905/06.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1906.

Potyka: Die Rechtsstellung des Konkursverwalters im Allgemeinen und insbesondere den Absonderungsgläubigern gegenüber, in Goldschmidts Zeitschrift 70, 490 ff. und 71, 121 ff.

Reinhard: Das Zwangsversteigerungsgesetz. Kommentar. 1902.

Reinhard: Das Zwangsversteigerungsgesetz. Handausgabe. 4. Aufl. 1913.
v. Sarwey-Boßert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Kommentar. 4. Aufl. 1901.
Schäfer: Veräußerung von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter, in Leipziger Zeitschrift. 1911, 1 ff.
Schäfer: Voraussetzungen der freihändigen Veräußerung von Grundstücken im Konkurs. Wirkung derselben auf Absonderungsrechte, insbesondere Hypotheken. Verzicht auf Absonderungsrechte; nach einem praktischen Fall erörtert, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung in 71, 205 ff.
Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Zweite umgearbeitete Auflage. 1910.
Schneider: Die Gläubigeranfechtung und der § 1124 BGB., in Leipziger Zeitschrift 1909, 422 ff.
v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Aufl. 1912.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. Dritte Auflage. 1906.
v. Wilmowski: Deutsche Reichskonkursordnung. Kommentar. 6. Aufl. 1906.
Wolff: Das Absonderungsrecht im Konkurse. 1892.
Wolff: Kommentar zur Konkursordnung. 1900.
Wolff: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Kommentar. Dritte Auflage. 1909.

B. Rechtsprechung und Zeitschriften.

Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts. (Sächs. OLG.)
Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel.
Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben von Laband, Hamm und Heinitz. (DJ.)
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt. (RJA.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG.)
Juristische Wochenschrift. Herausgegeben von Neumann. (JW.)

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. Herausgegeben von Düringer, Jaeger und Könige. (LZ.)

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (OLG.)

J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten.

J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung. Herausgegeben von Lobe und Schmidt. (ZBFG.)

C. Gesetzgebungsmaterialien.

Entwurf einer Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, Motiven und Anlagen. 3. Aufl.

Entwurf eines Gesetzes, betr. die Zwangsversteigerung in das unbewegliche Vermögen, nebst Motiven. Amtliche Ausgabe. 1889.

Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. III. 2. Aufl. 1896.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899/1900.

Inhalts-Verzeichnis.

			Seite
Literaturverzeichnis			V
A.	§ 1.	Einleitung	1
B.		Die Lösung hypothekbelasteter beweglicher Sachen und Forderungen von der Pfandhaftung durch den Konkursverwalter.	

I. Allgemeines.

	§ 2.	Die hypothekbelasteten beweglichen Sachen	2
	§ 3.	Die hypothekbelasteten Forderungen	6
	§ 4.	Die Beschlagnahme	7
	§ 5.	Der Konkursverwalter, die Konkursgläubiger, die Absonderungsberechtigten und ihr Verhältnis zueinander	10

II. Die Lösung insbesondere.

	§ 6.	1. Rechtssätze	17
	§ 7.	2. Die Einziehung mitverhafteter Forderungen durch den Konkursverwalter	17
		3. Die Veräußerung mitverhafteter beweglicher Sachen durch den Konkursverwalter.	
	§ 8.	a) Die Stellung des Reichsgerichts	19
	§ 9.	b) Der § 127 der KO.	20
	§ 10.	c) Die Veräußerung — eine Zwangsvollstreckung?	23
	§ 11.	d) Der Erstattungsanspruch — eine Messeschuld nach § 59 Ziff. 3 KO.	29
	§ 12.	e) Weitere Ablehnungsgründe	31

§ 1.

A. Einleitung.

Die Stellung des Konkursverwalters im Konkursverfahren ist seit vielen Jahren Gegenstand lebhaften Streites in Literatur und Rechtsprechung gewesen. Auch jetzt ist man noch zu keiner Einigung auf diesem Gebiete gelangt, wenn auch die Lebhaftigkeit der Bekämpfung der entgegengesetzten Meinungen etwas nachgelassen hat.

In letzter Zeit ist unter andern Streitfragen, die mit der Stellung des Konkursverwalters zusammenhängen, auch die aufgetaucht, *inwieweit der Konkursverwalter berechtigt sei, hypothekbelastete bewegliche Sachen und Forderungen für die Konkursmasse zu verwerten.* Besonders das Reichsgericht hat in einigen Entscheidungen zu der Frage Stellung genommen. Die Literatur hat sich seinen Anschauungen zum größten Teil angeschlossen, nur von wenigen ist Widerspruch erfolgt. Die Frage hängt mit der über die *Stellung* des Konkursverwalters zwar nur mittelbar zusammen, in ihre Beantwortung spielen jedoch eine Anzahl bürgerlichrechtlicher, zivilprozessualer und konkursrechtlicher Fragen hinein, sodaß es interessant ist, ihr nachzugehen. Wie man entscheidet, kommt übrigens im Endziel auf einen Standpunkt prinzipieller Natur an, den man der Konkursordnung gegenüber einnimmt.

B. Die Lösung hypothekbelasteter beweglicher Sachen und Forderungen von der Pfandhaftung durch den Konkursverwalter.

1. Allgemeines.

§ 2.

Die hypothekbelasteten beweglichen Sachen.

I. Nach § 1120 BGB. erstreckt sich die Hypothek auf die von dem Grundstück getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht durch bloße Trennung auf Grund der §§ 954 bis 957 BGB. in das Eigentum eines andern als des Eigentümers oder Eigenbesitzers gelangt sind, sowie auf das Grundstückszubehör, mit Ausnahme derjenigen Stücke, die dem Grundstückseigentümer nicht gehören. Da die Hypothek kein Besitzpfand ist, kommen diese pfandbehafteten beweglichen Sachen ebensowenig wie das Grundstück selbst in den Besitz des Hypothekengläubigers. Nach dem BGB.[1]) kann aber ein Pfandrecht an beweglichen Sachen, als welches die Hypothek in bezug auf die in § 1120 aufgeführten Gegenstände wirkt, grundsätzlich nur in Gestalt des Faustpfandrechts bestehen; denn in der Regel muß der Pfandgläubiger, um ein gültiges Pfandrecht zu haben, die ihm verhafteten Sachen in Besitz bekommen. Es liegt demnach hier, ähnlich wie beim gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters und Verpächters an den eingebrachten Sachen des Mieters und Pächters[2]), eine Durchbrechung des deutschrechtlichen Faustpfandgrundsatzes vor. Auf den ersten Blick könnte man meinen, daß in dieser Abweichung vom sogenannten Besitzprinzip eine Rückkehr zur römischen Hypothek liege, die durch formlosen Vertrag bestellt, dem Pfandgläubiger auch ohne Besitzübergabe ein Pfandrecht an beweglichen

[1]) § 1205 BGB.
[2]) §§ 559, 585 BGB.

Sachen des Pfandschuldners gab, aber die spätere Betrachtung des Wesens dieses Pfandrechts ohne Besitz nach § 1120 wird ergeben, daß es sich hier nur um eine zufällige äußerliche Aehnlichkeit mit diesem römischen Pfandrecht handelt.

Die Folge von der Mithaftung der Erzeugnisse, Bestandteile und Zubehörstücke für die Hypothek ist die, daß sich der Realgläubiger zur Befriedigung seiner Ansprüche an diese Sachen in gleicher Weise wie an das Grundstück halten kann. Die Erwägungen, die zu dieser Erstreckung des Immobiliarpfandrechts auf Mobilien führten, waren die, „daß dem Gläubiger die durch die Eintragung erlangte Sicherheit bis zur Verwirklichung der Hypothek erhalten bleiben soll. Um dieses Ziel zu erreichen, muß das Grundstück nicht bloß in seinem rechtlichen Bestande, sondern auch in seinem die Sicherheit beeinflussenden wirtschaftlichen Bestande dem dinglichen Recht des Gläubigers unterworfen werden.“[3])

Die vollkommene Durchführung dieser Haftungserstreckung nach § 1120 würde jedoch eine große Härte für den Eigentümer des hypothekbelasteten Grundstückes bedeuten. Es würde dadurch für ihn unmöglich gemacht, die mitverhafteten getrennten Erzeugnisse, Bestandteile und Zubehörstücke ohne Zustimmung seines Realgläubigers von der Haftung freizumachen[4]), zum mindesten würde in analoger Anwendung der Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen bei einer Veräußerung solcher Sachen durch den Pfandschuldner der Erlös an die Stelle der verhafteten Sachen treten[5]) (Surrogationsprinzip). Besonders groß würde die daraus mit Notwendigkeit resultierende schwere wirtschaftliche Schädigung für den Eigentümer von Grundstücken sein, die landwirtschaftlichen oder industriellen Zwecken dienen. Ein landwirtschaftlicher oder industrieller Betrieb erfordert es zu seiner ordnungsgemäßen Weiterführung, daß Bestandteile und Zubehörstücke ausgewechselt oder, wenn sie nicht mehr benötigt werden, ohne Ersatz veräußert werden; in Ansehung von Erzeugnissen ist

[3]) Mot. zum BGB. Bd. III, S. 651.
[4]) Schaefer in LZ. 1911, 1 ff.
[5]) § 1247 Satz 2, vgl. auch § 932 BGB.

das letztere für ihn sogar Existenzbedingung. Wenn hier der Eigentümer stets erst der Ermächtigung seines Realgläubigers bedürfte, um diese Handlungen vorzunehmen, so würde dies eine Ueberspannung der Interessen des letzteren sein.

Zur Milderung der Härte des § 1120 hat daher der Gesetzgeber die §§ 1121, 1122 geschaffen. Begünstigt er dort den Realgläubiger, so stellt er sich hier auf die Seite des Grundstückseigentümers und hat so einen Modus gefunden, der den Interessen beider Teile gerecht zu werden versucht. Nach § 1121 werden die mithaftenden Erzeugnisse, Bestandteile und Zubehörstücke von der Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstücke entfernt werden, bevor sie zu gunsten eines Realgläubigers in Beschlag genommen worden sind. Muß nach § 1121 zur Lösung dieser Sachen von der Hypothekenhaftung Veräußerung und Entfernung vor der Beschlagnahme erfolgt sein, so genügt nach § 1122 für Erzeugnisse oder Bestandteile die Entfernung allein, für Zubehörstücke Aufhebung der Zubehöreigenschaft vor der Beschlagnahme, um diese Sachen von der Haftung für die Hypothek freizumachen. Voraussetzung der Haftungslösung nach § 1122 ist allerdings, daß die Entfernung in den Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft und nicht nur vorübergehend geschieht, während die Haftungsbefreiung nach § 1121 ohne Rücksicht auf Wirtschaftlichkeit eintritt. Im § 1122 entscheidet sich der Gesetzgeber zu gunsten des Grundstückseigentümers, in § 1121 dagegen überwiegt das Interesse des Hypothekengläubigers. Man will eben auf diese Weise dem Eigentümer einen ordnungsmäßigen Wirtschaftsbetrieb möglichst erleichtern und ihm auch nicht die Möglichkeit nehmen, in Verfolgung anderer Zwecke bewegliche Sachen von der Pfandhaftung zu lösen, ohne dazu der Zustimmung seiner Realgläubiger zu bedürfen. Die Motive sagen darüber[6]): „Eine ordentliche Wirtschaftsführung wäre in der Tat unmöglich, wenn die mit dem Grundstück haftenden Sachen nicht ohne Zustimmung des Gläubigers von dieser Haftung frei wer-

[6]) Mot. zum BGB., Bd. III, S. 661.

den könnten. — — — Das Gesetz kann daher, ohne mit den Bedürfnissen des Lebens in Widerspruch zu treten, die Verfügung über diese Sachen, namentlich die Entfernung derselben von dem Grundstück, dem Eigentümer nicht versagen."

II. Der Gesetzgeber hat aber auch erkannt, daß die Verfügungsbefugnis des Eigentümers über bewegliche Sachen trotz des an ihnen bestehenden Pfandrechts für den Realgläubiger zu einer großen Gefahr werden kann, wenn der Eigentümer nach § 1121 diese mitverhafteten Gegenstände ohne Rücksicht auf Wirtschaftlichkeit und die Rechte des Realgläubigers veräußert, vom Grundstück entfernt und sie so der hypothekarischen Haftung entzieht. Er darf dies ja tun, § 1121 gestattet es ihm ausdrücklich, solange eine Beschlagnahme des Grundstücks nicht eingetreten ist.

Um dem Realgläubiger daher auch ohne Fälligkeit seiner Forderung die Möglichkeit zu geben, einem Hypothekenschuldner, der in unwirtschaftlichem Sinne etwa durch Verfügung über Bestandteile, Zubehör oder Erzeugnisse nach § 1121 auf sein Grundstück einwirkt und dadurch den Anspruch des Realgläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück gefährdet, die Hände zu binden, hat der Gesetzgeber die §§ 1133—1135 geschaffen. Nach diesen Vorschriften kann der Realgläubiger bei einer die Sicherheit der Hypothek gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks nach Ablauf einer dem Eigentümer gesetzten angemessenen Frist zur Beseitigung der Gefährdung sofort Befriedigung aus dem Grundstück suchen und daher auch ohne Fälligkeit seiner Forderung eine Beschlagnahme erwirken; oder aber er kann bei Besorgnis einer eintretenden Verschlechterung durch Einwirkung seitens des Eigentümers oder eines Dritten auf Unterlassung klagen, bez. wenn diese Einwirkungen vom Eigentümer selbst ausgehen, vom Gericht Anordnung der zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln verlangen[7]). Diese kön-

[7]) § 1134 Abs. 2.

nen auf eine Sequestration[8]) hinauslaufen, wodurch dann dem Eigentümer auch die Verfügungsbefugnis über mithaftende bewegliche Sachen genommen wäre. Durch diese Vorschriften zum Schutze des Realgläubigers hebt das Gesetz die Verfügungsbefugnis, die es dem Eigentümer nach §§ 1121, 1122 gibt, nicht schlechthin auf, dämmt sie vielmehr nur insoweit ein, als es dem Realgläubiger Mittel und Wege bietet, einer drohenden Verschlechterung des Grundstücks seitens des Eigentümers vorzubeugen[9]) oder eine eingetretene Gefährdung zu beseitigen[10]). Im § 1135 wird u. a. die einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider vorgenommene Veräußerung von Zubehörstücken ausdrücklich einer Grundstücksverschlechterung im Sinne von §§ 1133, 1134 gleichgestellt und damit solchenfalls dem Realgläubiger dieselben Schutzmaßregeln in die Hand gegeben.

§ 3.

Die hypothekbelasteten Forderungen.

In den §§ 1124, 1126, 1127 findet sich eine weitere Erstreckung der Rechte der Realgläubiger. Die Hypothek umfaßt hiernach auch Miet- und Pachtzinsforderungen, Rechte auf wiederkehrende Leistungen sowie Versicherungsforderungen. Da aber auch hier wie bei den mitverhafteten beweglichen Sachen die vollkommene Durchführung des Haftungsgrundsatzes in Widerspruch mit den Interessen des Grundstückseigentümers treten würde, bestimmt das Gesetz, daß Einziehung oder sonstige Verfügungen des Eigentümers über Miet- und Pachtzinsen, wenn sie vor der Beschlagnahme des Grundstücks liegen, dem Realgläubiger gegenüber wirksam sind, soweit sie sich nicht auf den Miet- und Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende oder das folgende Kalendervierteil-

[8]) d. i. eine gemäß § 938 Abs. 2 ZPO. angeordnete „Verwahrung und Verwaltung durch einen Vertrauensmann", RJA. 9, 133; keine Zwangsverwaltung i. S. von §§ 150 ff. ZVG.; höchstens Anordnung entsprechender Anwendung des ZVG. möglich. Vgl. hierzu RGR.Kommentar § 1134, Ziff. 6 und die dort angeführten Entsch.

[9]) § 1134.

[10]) § 1133.

jahr beziehen. Im übrigen werden diese Forderungen ein Jahr nach Fälligkeit frei, wenn sie nicht vorher zu gunsten des Hypothekengläubigers beschlagnahmt sind[1]). Dasselbe gilt für Rechte auf wiederkehrende Leistungen.

Bei Versicherungsgeldern sucht das Gesetz auf andere Weise den Interessen sowohl des Hypothekengläubigers als des Grundstückseigentümers gerecht zu werden. Will der Eigentümer *Gebäude*versicherungsgelder einziehen, so muß dem Realgläubiger der Eintritt des Schadens angezeigt werden. Widerspricht der letztere binnen Monatsfrist der Auszahlung nicht, so wirkt die Zahlung des Versicherers an den Eigentümer für den ersteren liberierend und in Ansehung der Versicherungsforderung haftungsbefreiend. Bei Versicherungsgeldern für *andere Gegenstände* als ein Gebäude besteht diese Anzeigepflicht nicht, vielmehr werden solche Forderungen gemäß § 1129 BGB. auf die gleiche Weise von der Haftung für die Hypothek frei wie die Miet- und Pachtzinsforderungen.

§ 4.

Die Beschlagnahme.

I. Die Berechtigung des Grundstückseigentümers zur Lösung hypothekbelasteter beweglicher Sachen und Forderungen von der Pfandhaftung ist, wie schon in § 2 gesagt, davon abhängig gemacht, daß der Realgläubiger noch nicht die Beschlagnahme der betreffenden Gegenstände erwirkt hat. Mit der Beschlagnahme ist die Lösungsbefugnis des Eigentümers beendet, der Realgläubiger läuft von ihrem Zeitpunkte an nicht mehr Gefahr, die für die Sicherheit seiner Hypothek mithaftenden Gegenstände für die Zwecke seiner Befriedigung zu verlieren. Die Beschlagnahme bedeutet für ihn „Perfizierung seines bisher unvollkommenen Immobiliarpfandrechts“[1]).

II. Die Beschlagnahme wird erwirkt entweder im Wege der *Zwangsvollstreckung* oder durch *vorläufige gerichtliche Anordnungen*.

[1]) § 1123 Abs. 2.
[1]) Wolff, ZVG. § 23 Nr. 3.

1. Die erstere bietet sich ihm als Immobiliar-[2]) oder Mobiliarzwangsvollstreckung.

a) Von den drei Arten der Immobiliarzwangsvollstreckung, Sicherungshypothek, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, kommen für diese Zwecke nur die beiden letzteren in Betracht, die Sicherungshypothek scheidet naturgemäß aus. Der Beschluß, welcher die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung anordnet, gilt zu Gunsten des Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstücks, die auch die hypothekbelasteten Gegenstände mit umfaßt[3]). Dabei ist aber zu beachten, daß im Umfang der Beschlagnahme bei beiden Arten ein Unterschied besteht. Der Zwangsversteigerungsbeschlag erstreckt sich nämlich nicht auf die bereits vom Boden getrennten land- und forstwirtschaftlichen Erzeugnisse sowie die Forderung aus einer Versicherung dieser Erzeugnisse, sie müßten denn Zubehör des Grundstücks sein[4]), nicht auf die Miet- und Pachtzinsforderungen und die Ansprüche aus einem mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenen Rechte auf wiederkehrende Leistungen[5]).

Weiterhin läßt der Zwangsversteigerungsbeschlag auch dem Schuldner die Befugnis, über einzelne mitbeschlagnahmte bewegliche Sachen — also nicht Forderungen — innerhalb der Grenzen ordnungsgemäßer Wirtschaft dem betreibenden Gläubiger gegenüber wirksam zu verfügen[6]). Dieses Verfügungsrecht ist aber keineswegs gleichbedeutend mit dem des § 1122 BGB. Eine nach Anordnung des Zwangsversteigerungsbeschlags vorgenommene, in ordnungsmäßigen wirtschaftlichen Grenzen sich haltende Verfügung des Grundeigentümers, z. B. in Gestalt der Veräußerung eines Zubehörstückes, bewirkt nicht, daß der Erlös nunmehr pfandfrei ist. Vielmehr tritt er als Surrogat[7]) an die Stelle der veräußerten Sache, denn die Ausübung der Befugnis des § 23 ZVG. durch den Schuldner ist bloße

[2]) § 865 Abs. 1 ZPO.
[3]) §§ 20, 146 ZVG.
[4]) § 98 Ziff. 2 BGB.
[5]) Sie gelten als Bestandteile, § 96 BGB.
[6]) § 23 Abs. 1 Satz 2 ZVG.
[7]) Wolff, ZVG. § 23 Ziff. 6; Jaeckel-Güthe § 23, I, 4 β.

Verwaltertätigkeit. § 23 ZVG. gibt nur ein Verfügungsrecht, kein Lösungsrecht.

Dagegen ist die Wirkung der Beschlagnahme durch Anordnung der Zwangsverwaltung nicht beschränkt. Diese Beschlagnahme ergreift grundsätzlich alle hypothekbelasteten Gegenstände[8]). Daß sie allerdings ebensowenig wie die Zwangsversteigerungsbeschlagnahme Gegenstände umfaßt, die gemäß §§ 1121 ff. BGB. von der hypothekarischen Haftung freigeworden sind, bedarf keiner besonderen Hervorhebung.

b) Da die hypothekbelasteten beweglichen Sachen und Forderungen zum beweglichen Vermögen des Schuldners gehören, hat der Realgläubiger auch die Möglichkeit, im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung die Beschlagnahme zu erwirken. Sie erfolgt durch Pfändung[9]). Zubehör ist allerdings von der Pfändung ausgeschlossen[10]).

c) Voraussetzung dieser Zwangsvollstreckungsakte ist stets ein vollstreckbarer Schuldtitel. Er bietet sich dem Realgläubiger z. B. in Gestalt des vollstreckbaren Urteils[11]), das einen Prozeß voraussetzt, oder der sogenannten vollstreckbaren Urkunde[12]), bei der es eines besonderen Verfahrens nicht bedarf, da die Unterwerfungsklausel eben schon in der bei Bestellung der Hypothek errichteten Urkunde enthalten ist, und der Realgläubiger sich zur Zwangsvollstreckung lediglich eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen zu lassen braucht.

2. Die Maßregeln zur Sicherung künftiger Zwangsvollstreckung sind die einstweilige Verfügung[13]) und der Arrest[14]). Erstere sichert die künftige Naturalerzwingung eines nicht auf Geldzahlung gerichteten Anspruchs, letztere eine künftige Geldvollstreckung. Da der Anspruch des Hypothekengläubigers auf Zahlung

[8]) § 148 ZVG.
[9]) §§ 808, 828 ff. ZPO.
[10]) § 865 Abs. 2 ZPO.
[11]) § 704 ZPO.
[12]) § 794 Ziff. 5 ZPO.
[13]) § 935 ZPO.
[14]) § 916 ZPO.

einer Geldsumme[15]) geht, dürfte für ihn wohl nur der Arrest in Frage kommen[16]). Auch er führt die „Beschlagnahme" mitverhafteter beweglicher Sachen und Forderungen i. S. von §§ 1121 ff. herbei[17]).

§ 5.

Der Konkursverwalter, die Konkursgläubiger, die Absonderungsberechtigten und ihr Verhältnis zu einander.

I. Mit der Eröffnung des Konkurses verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen[1]). Da die Konkursmasse das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, umfaßt[2]), schließt sie sowohl Grundstücke nebst Zubehör, Erzeugnissen und Bestandteilen, als auch die zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörenden Mietzins-, Pachtzins- und Versicherungsforderungen und Rechte auf wiederkehrende Leistungen in sich. Zugleich bestimmt § 6 KO., daß das Verwaltungs- und Verfügungsrecht vom Konkursverwalter ausgeübt wird. Das bedeutet demgemäß: Alle Verwaltungshandlungen und Verfügungen, die der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung mit seinem Vermögen vornehmen konnte, kann nunmehr *nur noch der Konkursverwalter* ausführen. Der Gemeinschuldner hört dabei mit Konkurseröffnung nicht etwa auf, Subjekt des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens zu sein, er bleibt vielmehr Eigentümer der „konkursgebundenen Sachen" und Gläubiger der „konkursgebundenen Forderungen"[3]). Es wird ihm lediglich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entzogen. Sie geht über auf den Konkursverwalter, der sie an Stelle des Gemeinschuld-

---

[15]) § 1113 BGB.
[16]) Jaeger, Kommentar, § 14; OLG. 1, 375; a. M.: RG. 52, 138, s. unten § 7; Gruchots Beiträge 30, 1185.
[17]) § 930 ZPO.
[1]) § 6 KO.
[2]) § 1 KO.
[3]) Jaeger, Kommentar zu § 6.

ners ausübt und somit zu seinem gesetzlichen Vertreter wird[4]).

II. Außer dem Konkursverwalter und dem Gemeinschuldner treten nach der KO. bei einem Konkursverfahren noch folgende Personengruppen in Erscheinung: Die Konkursgläubiger, die Absonderungsberechtigten, die Aussonderungsberechtigten und die Massegläubiger. Ihr aller Interesse ist darauf gerichtet, zur Befriedigung zu kommen, doch da der Charakter ihrer Ansprüche nicht der gleiche ist, sind auch die Wege ihrer Geltendmachung verschieden, die dadurch wieder eine Ungleichheit in der Stellung dieser vier Arten von Personengruppen zum Konkursverfahren und zum Konkursverwalter bedingen.

1. Konkursgläubiger sind alle diejenigen, welche einen erzwingbaren, zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten und aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu erfüllenden Anspruch haben[5]). Ihre Zahl umfaßt demgemäß alle persönlichen Gläubiger; die von ihnen geltend gemachten Ansprüche sind obligatorischer Natur. Die Konkursmasse, deren Konstituierung dem Konkursverwalter obliegt, dient zu ihrer anteilsmäßigen, sofortigen und ausschließlichen Befriedigung, ja, für sie allein wird ein Konkursverfahren eingeleitet und durchgeführt, ihre Befriedigung ist der Konkurszweck. Da nun der Konkursverwalter zur Erfüllung dieses Zweckes da ist, hat er ihre Interessen[6]) wahrzunehmen, ihnen zu einer möglichst ausgiebigen Befriedigung zu verhelfen.

Die Konkurseröffnung übt auf die rechtliche Stellung der Konkursgläubiger insoweit eine einschneidende Wirkung aus, als diese Gläubiger nunmehr mit allen ihren unmittelbar auf Befriedigung gerichteten Handlungen gegenüber dem Gemeinschuldner an das durch die KO. geregelte Verfahren gebunden sind. Denn § 14 KO. nimmt ihnen jede

[4]) Jaeger, Leitf. z. KO. S. 8.
[5]) Jaeger, Kommentar zu § 3 I.
[6]) vgl. § 10 KO.

Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung in Vermögensgegenstände des Kridars zu betreiben oder auch nur Arreste gegen ihn zur Sicherung künftiger Vollstreckung zu erwirken.

2. Absonderungsberechtigte sind alle diejenigen, die ein Recht auf Vorzugsbefriedigung aus dem Erlöse ihnen verhafteter, aber dem Gemeinschuldner und daher zur Konkursmasse gehörender Gegenstände haben. Ihr Kreis wird durch die §§ 47 ff. KO. fest begrenzt. Zu ihnen gehören die Mobiliarpfandberechtigten des § 48 KO., die diesen gleichstehenden Abgabenbevorrechtigten, die Inhaber von gesetzlichen und Pfändungspfandrechten, diejenigen, die Ansprüche wegen werterhöhender Verwendungen und aus dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht geltend machen[7]), und alle die, welche ein Recht auf Befriedigung aus solchen Gegenständen haben, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen[8]). Diese letzteren allein interessieren hier, denn es sind die Realgläubiger.

Ueber die Befriedigung aller Absonderungsberechtigten, also auch der Realgläubiger, spricht sich § 4 Abs. 2 KO. dahin aus, daß sie unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt. Somit ist die rechtliche Stellung der Absonderungsberechtigten vollkommen anders geartet als die der Konkursgläubiger. Da auch der wichtige § 14 KO. für sie als dinglich Berechtigte nicht gilt, hat die Konkurseröffnung auf sie nur dann Einfluß[9]), wenn der Gemeinschuldner für ihre Forderungen auch persönlich haftet[10]).

Sonst behalten sie nach Konkurseröffnung ihre alte rechtliche Stellung, stehen außerhalb des Konkursverfahrens und machen ihre Ansprüche genau so geltend, als wenn in den Verhältnissen des Gemeinschuldners keine Aenderung eingetreten wäre.

Während der Konkursverwalter eine Masse für die Konkursgläubiger bildet, um ihre Ansprüche zu anteilsmäßiger gleichmäßiger Befriedigung zu bringen, kümmert

[7]) § 49 KO.
[8]) § 47 KO.
[9]) OLG. 1, 375.
[10]) § 64, KO.

sich um die Rechte der Absonderungsberechtigten niemand. Man überläßt es ihnen, sie selbst geltend zu machen.

Bilden die Konkursgläubiger eine Gemeinschaft von Personen, die als Gläubigerversammlung[11]) tätig wird und sich im Gläubigerausschuß[12]) ein Organ zur Ueberwachung des Konkursverwalters schafft, so schließen sich die Absonderungsberechtigten in keiner Weise zusammen. Jeder steht allein, jeder macht für sich allein sein Recht geltend.

3. Was sind die Gründe, die zu der Verschiedenheit der Stellung geführt haben? Sie liegen auf der Hand. Die persönlichen Gläubiger, die nichts weiter haben, als ihre obligatorischen Ansprüche, laufen bei einem Vermögensverfall ihres Schuldners große Gefahr, eine Beeinträchtigung ihrer ihnen zustehenden Befriedigung *dadurch* zu erleiden, daß der Schuldner einzelne Gläubiger begünstigt, daß er sein Vermögen verschleudert, neue Schulden macht oder schließlich sogar Vermögensgegenstände beiseite schafft. Diesen bei der Konkurseröffnung vorhandenen Besorgnissen muß vorgebeugt und diesen Gläubigern durch staatliches Eingreifen Schutz und damit die größere Gewähr geboten werden, wenigstens für einen Teil ihrer Forderungen Befriedigung zu erlangen. Somit bringt den *persönlichen* Gläubigern die Konkurseröffnung zugleich eine *Verbesserung* ihrer Lage mit sich.

Vollkommen anders ist die Lage der Absonderungsberechtigten. Ein Vermögensverfall ihres Schuldners wird ihnen beinahe stets gleichgültig sein. Sie *haben* ja schon ihre Sicherheit in den *Händen*, und zwar eine erheblich größere, als den persönlichen Gläubigern die Konkurseröffnung bedeutet, und besonders eine Sicherheit, die ihnen durch Konkurseröffnung nicht zerstört wird.

Derjenige, dem ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache zusteht, hat die belastete Sache als Faustpfand in seinem Besitz[13]) und ist berechtigt, nach den Vorschriften der §§ 1228 ff. BGB. Befriedigung für seine Forderung daraus

[11]) §§ 93—99 KO.
[12]) §§ 87—92 KO.
[13]) § 1204 ff. BGB.

zu suchen. Ebenso geht es dem Realgläubiger, der auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels jederzeit sich zu seinem Rechte verhelfen kann. So besteht für ihn auch die Möglichkeit, trotz Konkurseröffnung die Beschlagnahme hypothekbelasteter Gegenstände auf einem der oben[14]) genannten Wege zu erwirken. Die Vorschrift des § 15 KO., nach der Rechte sowie Vorzugsrechte an Gegenständen, die zur Konkursmasse gehören, nach Konkurseröffnung nicht mehr mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden können, steht m. E. dieser Möglichkeit nicht entgegen. Denn die Beschlagnahme charakterisiert sich nicht als „Erwerb eines neuen Rechts" sondern nur als „Herbeiführung endgültiger Verwertungsmöglichkeit eines schon vor Konkurseröffnung entstandenen Rechts" oder negativ ausgedrückt als „Ausschluß einer bis dahin noch möglichen Haftungslösung". Merkwürdigerweise steht die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß zwar die Beschlagnahme durch Immobiliarzwangsvollstreckung, also z. B. durch Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsbeschlag, aber nicht durch Mobiliarzwangsvollstreckung nach Konkurseröffnung möglich sei, also z. B. nicht durch Pfändung oder Arrest[15]). Ein Grund für diese Ansicht ist m. E. nicht zu finden.

Es wird sogar der Fall eintreten können, daß eine Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners, die dem persönlichen Gläubiger die Aussicht auf eine baldige Befriedigung seines obligatorischen Anspruchs in immer weitere Ferne rücken läßt und ihm daher von Nachteil ist, dem dinglichen Gläubiger von Vorteil ist und ihm die Realisierung seines durch Sachhaftung gesicherten Anspruchs dadurch erleichtert, daß sein Schuldner mit einer fälligen Leistung in Verzug gerät und ihm somit

---

[14]) Oben § 3.

[15]) So OLG. 10, 420; Sächs. OLG. 27, 560; Kretzschmar, Sachenrecht, S. 459 (§§ 1120—1130, Anm. 4. Für die Mob.-Voll. Jaeger, Kom. § 14 Anm. 10; Gaupp-Stein, § 865, III u. vor § 704, IV, 3.

die sofortige Verwertung des verhafteten Gegenstandes gestattet.

Aus allen diesen Gründen bedürfen die Absonderungsberechtigten keines besonderen Schutzes, deswegen sind sie als solche von einer Beteiligung am Konkursverfahren ausgeschlossen.

Allerdings muß hervorgehoben werden, daß die ihnen verhafteten Gegenstände als Teil des bei Konkurseröffnung vorhandenen gemeinschuldnerischen Vermögens[16]) trotz allem zur Konkursmasse gehören, sowohl das mit der Hypothek belastete Grundstück, als die mit dem Vertragspfandrecht belegte bewegliche Sache oder Forderung, also auch die für unsere Frage in Betracht kommenden hypothekbelasteten Gegenstände; aber das schadet den Absonderungsberechtigten nichts, da — wie oben[17]) bereits hervorgehoben — ihr Recht durch Konkurseröffnung nicht beeinflußt wird.

III. Aus diesen Erörterungen ersieht man zunächst das Verhältnis, in dem Konkursgläubiger und Absonderungsberechtigte zueinander stehen. Obwohl beide Teile bestrebt sind, Erfüllung ihrer Ansprüche zu erlangen, ergibt sich *einmal* aus dem verschiedenen Charakter der Ansprüche, *sodann* aus der verschiedenen Art ihrer Geltendmachung, als *daraus* — und das ist das wesentlichste —, daß *dieselben* Gegenstände, welche den *Absonderungsberechtigten* verhaftet sind, und die von ihnen zur Erfüllung ihrer Ansprüche verwertet werden, auch zugleich *Bestandteile der Konkursmasse* sind, *derselben Masse*, aus der die *Konkursgläubiger* Befriedigung suchen, *daß* auf seiten der Konkursgläubiger gar kein Interesse vorliegen wird, Absonderungsberechtigten zu ihren Rechten zu verhelfen. Denn je mehr mit Absonderungsrechten behaftete Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners von den Absonderungsberechtigten verwertet werden, um so geringer wird die Konkursmasse, um so kleiner der für die Konkursgläubiger herausspringende

[16]) § 1 KO.
[17]) Oben II, 2 dieses §.

Anteil. Die Stellung beider zu einander wird daher naturgemäß eine gegnerische sein.

IV. Dieser Rechtslage entspricht auch das Rechtsverhältnis zwischen Konkursverwalter und den Absonderungsberechtigten. Da es dem Verwalter obliegt, die Konkursmasse zu sammeln, da es für ihn in erster Linie darauf ankommt, die Interessen der Konkursgläubiger wahrzunehmen, und nicht zuletzt, da die Geltendmachung von Absonderungsrechten außerhalb des Konkursverfahrens erfolgt, so wird seine Stellung zu den Absonderungsberechtigten ebenfalls eine gegnerische[18]) sein. Sicher ist sie es insoweit, als für ihn nicht die geringste Pflicht besteht, Absonderungsrechte, die nicht geltend gemacht werden, zu berücksichtigen. Er nimmt nicht die Interessen der Absonderungsberechtigten wahr, wartet daher ab, bis sie ihn anlaufen. Tun sie das nicht, so hat er keinesfalls die Aufgabe, sich um ihre Rechte zu kümmern[19]).

Die Motive zu unserer heutigen KO. drücken das in den Worten aus: „Wenn der Realgläubiger seinen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nicht erhebt, — — — so fehlt jede Veranlassung zu einer Absonderung“[20]).

Der Grundsatz, der die Absonderungsberechtigten ganz außerhalb des Verfahrens stellt und es ihnen anheim gibt, ihren Rechten selbst Geltung zu verschaffen, ist erst in unserer Reichs-KO. in voller Strenge durchgeführt worden. Sie hat sich damit zur alten preußischen KO. vom 8. 5. 1855 in Gegensatz gestellt, nach dessen § 263 das Verwaltungs- und Verfügungsrecht der Gläubigerschaft vom Konkurskurator nur unbeschadet der Rechte der Realgläubiger ausgeübt werden durfte.

Auch das Ausland steht zum Teil noch auf diesem Standpunkt[21]).

---

[18]) So auch Potyka bei Goldschmidt 71, 144.
[19]) So Jaeger, Kom. § 4, v. Sarwey-Boßert § 4, v. Wilmowski § 4 und andere.
[20]) Mot. zur KO. Seite 30.
[21]) So Frankreich, code de commerce, a. 501, 507, 529, 572; Dänemark, Konkursgesetz v. 25. 3. 1872, a. 37.

II. Die Lösung insbesondere.

§ 6.

1. Rechtssätze.

Aus der eingangs[1]) besprochenen Berechtigung des Grundstückseigentümers in bezug auf hypothekbelastete bewegliche Sachen und Forderungen und der eben dargetanen Stellung des Konkursverwalters, des Gemeinschuldners, der Konkursgläubiger, der Absonderungsberechtigten und aller untereinander, insbesondere dem Satze, daß die Konkurseröffnung die rechtliche Stellung der Pfandgläubiger nicht berührt, ergeben sich m. E. mit zwingender logischer Notwendigkeit folgende Rechtssätze:

1. Wenn der Realgläubiger mitverhaftete bewegliche Sachen und Forderungen verwerten will, muß er genau wie vor Konkurseröffnung ihre Beschlagnahme erwirken.

2. Der Konkursverwalter darf gleich dem Grundstückseigentümer hypothekbelastete Forderungen bis zu ihrer Beschlagnahme einziehen, hypothekbelastete bewegliche Sachen bis dahin veräußern, sie dadurch von der Haftung lösen und den Erlös zur Masse ziehen.

3. Die Absonderungsberechtigten haben in diesem Falle keinen Erstattungsanspruch gegenüber der Konkursmasse.

Diese Sätze sind jedoch, wie sich aus der folgenden Darstellung ergeben wird, keineswegs allgemein anerkannt.

§ 7.

2. Die Einziehung mitverhafteter Forderungen durch den Konkursverwalter.

Bezüglich der den Hypothekengläubigern mitverhafteten Miet- und Pachtzins- sowie Versicherungsforderungen werden die in § 6 aufgestellten Sätze nicht in Zweifel gezogen. Es ist unbestritten, daß der Konkursverwalter als

[1]) § 2.

Vertreter des Gemeinschuldners bei Konstituierung der Aktivmasse die Befugnis habe, diese Forderungen, solange nicht ein Realgläubiger ihre Beschlagnahme erwirkt hat, einzuziehen und die gezahlten Gelder zur Masse zu nehmen, ohne daß den Absonderungsberechtigten dann ein Erstattungsanspruch gegen die Masse zustände.

1. Das Reichsgericht[1]) hat das bezüglich der Mietzinsen in einer Entscheidung vom 13. 3. 1889[2]) anerkannt und einen Absonderungsberechtigten, der gegen den Konkursverwalter auf Ersatz des Schadens, der ihm durch den Verlust mitverhafteter Mietzinsforderungen entstanden war, geklagt hatte, mit seinem Anspruch abgewiesen. Der Realgläubiger sei, wird dort ausgeführt, nicht behindert, zwecks Verwertung der ihm als Hypothekengläubiger gegen die Masse zustehenden Rechte, auch nach Konkurseröffnung die Beschlagnahme der Mieten auszubringen. Da dies nicht geschehen sei, habe deren Einziehung durch den Konkursverwalter die Pfandhaftung beendet, genau so, als wenn der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung die Mieten sich hätte auszahlen lassen. „Der Konkursverwalter empfing die Mietzinsen als zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke, nicht für die Absonderungsberechtigten."

Von der gleichen Anschauung legt eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 9. 7. 1902[3]) Zeugnis ab. Um einer Einziehung der Mietzinsforderungen durch den Konkursverwalter vorzubeugen, kann der Realgläubiger eine einstweilige Verfügung zur Sicherung seines dinglichen Rechts auf die Mieten des belasteten Grundstücks erwirken, da in der Konkurseröffnung eine die Voraussetzung einer einstweiligen Verfügung bildende Gefährdung[4]) seines Rechts liege[5]). „Denn der Konkursverwalter würde gegen seine Obliegenheiten, die Interessen der Konkursgläubiger zu wahren,

[1]) Die für unsere Frage in Betracht kommenden Reichsgerichtsentscheidungen sind alle bis auf wenige Ausnahmen vom V. Zivilsenat erlassen.
[2]) RG. 23, 54.
[3]) RG. 52, 138.
[4]) § 935 ZPO.
[5]) a. M. OLG. 1, 375; vgl. oben § 4 a. E.

verstoßen, wenn er in Fällen, in denen die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Absonderungsrechts nicht gegeben sind, insbesondere von dem in bezug auf die Grundstücksmieten absonderungsberechtigten Hypothekengläubiger eine Beschlagnahme nach § 1124 BGB. nicht ausgebracht ist, gleichwohl dieses Recht zum Nachteile der Konkursmasse berücksichtigen wollte. Er ist vielmehr *verpflichtet, die Mieten einzuziehen* und zur Masse abzuführen."

Eine Entscheidung vom 23. 5. 1903[6]) vertritt denselben Standpunkt und leugnet, daß durch Einziehung von Miet- und Pachtzinsforderungen durch den Konkursverwalter eine Bereicherung der Masse ohne rechtlichen Grund[7]) erfolge.

2. Daß bei *Versicherungsgeldern*, die der Konkursverwalter einzieht, nach Ansicht des Reichsgerichts die gleichen Grundsätze zu gelten haben, geht aus einer Entscheidung vom 4. 7. 1906[8]) hervor. Der Anspruch eines Realgläubigers auf Herausgabe der vom Konkursverwalter vor Beschlagnahme eingezogenen Versicherungsgelder für untergegangene Maschinen aus der Konkursmasse wird hier als unbegründet zurückgewiesen. Die Konkurseröffnung habe an der rechtlichen Beurteilung dieser Einziehung nichts geändert, sie hätte vielmehr umgekehrt nur die Sorge der absonderungsberechtigten Gläubiger um eine rechtzeitige Sicherung ihrer Rechte verschärfen müssen.

Diesen Standpunkt teilt auch die Literatur[9]).

3. Die Veräußerung mitverhafteter beweglicher Sachen durch den Konkursverwalter.

§ 8.

a) Die Stellung des Reichsgerichts.

I. Auch in bezug auf bewegliche Sachen waren in früheren Jahren die in § 6 festgelegten Rechtssätze allgemein anerkannt. Dies bestätigt ein Urteil des Reichsgerichts

[6]) ZBFG. 4, 91.
[7]) § 59 Ziff. 3 KO.
[8]) RG. 64, 28.
[9]) So insbes. Jaeger Kom. § 4. — a. M. bez. Versicherungsforderungen nur Josef in LZ. 09, 521 ff.

vom 18. 12. 1889[1]). Der Anspruch eines Hypothekengläubigers auf Erstattung des Erlöses ihm mitverhafteter, vom Konkursverwalter vor erfolgter Beschlagnahme veräußerter beweglicher Sachen wird hier zurückgewiesen. Die Begründung der Abweisung der Klage deckt sich mit den obigen Darlegungen.

II. Wesentlich anders lauten zwei spätere über diese Frage ergangene Entscheidungen des Reichsgerichts vom 1. 11. 1898[2]) und vom 17. 6. 1908[3]). In zwei dem eben dargestellten Tatbestand ganz entsprechend liegenden Fällen wird der Erstattungsanspruch des klagenden Hypothekengläubigers für gerechtfertigt erklärt und ihm stattgegeben. Das Reichsgericht steht in diesen Entscheidungen auf dem Standpunkte, der Konkursverwalter sei nicht befugt, hypothekbelastete bewegliche Sachen zu veräußern und den Erlös zur Masse zu ziehen. Veräußere er sie aber, so gebühre der Erlös den Realgläubigern, bez. sei er ihnen aus der Masse zu erstatten. Die Berechtigung des Anspruches auf Auszahlung setze eine vorherige Beschlagnahme der veräußerten beweglichen Sachen nicht voraus. Es genügt vielmehr die bloße Tatsache des nach § 1120 BGB. bestehenden Pfandrechts.

Das Reichsgericht kommt dabei auf mehreren Wegen zu seinen Entscheidungen.

§ 9.

b) Der § 127 der KO.

Das Reichsgericht stützt sich einmal — der Konkursverwalter hatte in beiden Fällen die Sachen nicht freihändig verkauft, sondern durch einen Gerichtsvollzieher versteigern lassen — auf § 127 KO.[1]). Nach diesem ist der Konkursverwalter berechtigt, die Verwertung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes, an welchem der Gläubiger ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht, nach

[1]) RG. 25, 19.
[2]) RG. 42, 85.
[3]) RG. 69, 85.
[1]) So auch OLG. 4, 370; Reinhard, Kom. § 173.

Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf zu betreiben. Der Gläubiger kann einer solchen Verwertung nicht widersprechen, vielmehr seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen[2]). Diese Vorschrift wendet das Reichsgericht auf unsern Fall an.

Zur Entscheidung über die Möglichkeit ihrer Anwendung bedarf es der Prüfung ihres Zweckes und der Voraussetzungen ihrer Anwendung.

1. Da aus den pfandbelasteten Gegenständen des gemeinschuldnerischen Vermögens keine besondere Masse gebildet wird, sie vielmehr Bestandteile der Konkursmasse sind[3]), soll dem Konkursverwalter Gelegenheit gegeben werden, in Fällen, in denen der Absonderungsberechtigte abgesonderte Befriedigung beansprucht, bewegliche Sachen zu verwerten[4]). Von Vorteil ist dies für die Masse insoweit, als eine Differenz zwischen der Höhe der vom Absonderungsberechtigten geltend gemachten Forderung, zu deren Sicherheit ihm die veräußerte Sache verhaftet war, und der Höhe des Erlöses als etwaiger Ueberschuß der Masse verbleibt und somit den Konkursgläubigern zugute kommt. Das ist der Zweck dieser Vorschrift. Ihre Anwendung ist für den Konkursverwalter nicht Pflicht, er hat lediglich die Befugnis, von ihr Gebrauch zu machen.

2. Ist nun das Pfandrecht des Hypothekengläubigers an den beweglichen Sachen des Grundstücks, so wie es ihm die §§ 1120 ff. geben, ein Pfandrecht im Sinne von § 127 KO.? M. E. nicht, und zwar aus folgenden Gründen:

Wie oben erörtert, übt der Konkursverwalter nach § 6 KO. die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners über dessen Vermögen aus. Wenn ihm im § 127 über „bewegliche Gegenstände" dieses Vermögens eine besondere Befugnis eingeräumt wird, so muß dies eine Befugnis sein, die dem Eigentümer an beweglichen Sachen seines Vermögens vor der Konkurseröffnung nicht zustand, die daher auch dem Konkursverwalter nicht schon

[2]) § 127 KO.
[3]) Oben § 5, II, 3 a. E.
[4]) Bez. Immobilien vgl. § 126 KO.

durch § 6 K.O. übertragen wird. Die Befugnis des § 127 muß ein Plus gegenüber der des § 6 bedeuten. Da nun aber an den von einer Hypothek mitbelasteten beweglichen Sachen wie Bestandteilen, Erzeugnissen und Zubehör dem Eigentümer gerade ein Veräußerungsrecht und damit eine Verwertungsbefugnis zusteht, diese also schon nach § 6 auf den Konkursverwalter übergeht, kann diese Art Pfandrecht nicht unter § 127 fallen. Das Gesetz würde dem Konkursverwalter sonst diese Verwertungsbefugnis in zwei Gesetzen geben und somit etwas doppelt ausdrücken.

Daß das Pfandrecht des § 1120 BGB. nicht unter § 127 KO. fällt, ergibt sich aber auch schon, wenn man den Charakter, den es hat, betrachtet und ihn mit andern Pfandrechten vergleicht. Es ist zwar im weiteren Sinne ein Pfandrecht an beweglichen Sachen, aber, da der Pfandschuldner diese Sachen von der Haftung lösen kann, nur ein bedingtes Verwertungsrecht des Hypothekengläubigers, bedingt nämlich durch gerichtlichen Zugriff oder eine Zwangsvollstreckungshandlung seinerseits, die betreffenden Gegenstände zu seiner vorzugsweisen Befriedigung heranzuziehen[5]).

Dadurch unterscheidet es sich auch von der römischen Hypothek, der es, wie schon eingangs[6]) gesagt, nur scheinbar als Pfandrecht an beweglichen Sachen ohne Besitz gleicht, denn bei dieser bedurfte es keiner besonderen Beschlagnahme, um die verhaftete Sache verwerten zu können.

Aus alledem ergibt sich im Gegensatz zur Ansicht des Reichsgerichts die Unmöglichkeit, § 127 KO. auf den Fall anzuwenden, daß der Konkursverwalter hypothekbelastete bewegliche Sachen vor Erwirkung einer Beschlagnahme veräußert[7]).

§ 127 gilt vielmehr nur bei Pfandrechten und ähnlichen Rechten mit unbedingter Verwertungsbefugnis, d. h. bei denen zur Ermöglichung der Verwertung keine beson-

---

[5]) Schneider in LZ. 09, 429.
[6]) Oben § 2, I.
[7]) So auch Fischer-Schaefer, § 173, 1b; Wolff, ZVG. § 20, 6a a. E.

dere Handlung des Pfandberechtigten erforderlich ist, bei denen im Konkurs des Schuldners die Erklärung des Pfandgläubigers genügt, daß ein Absonderungsrecht „beansprucht" werde. Die Pfandrechte des § 127 sind solche, bei denen dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung überhaupt nicht die Befugnis zusteht, die belasteten Sachen lastenfrei zu veräußern, und bei denen sich trotz erfolgter Veräußerung das Pfandrecht an der betreffenden Sache selbst, bez. an dem Erlöse fortsetzt, der Pfandgläubiger demnach nie Gefahr läuft, sein Recht zu verlieren. Grundsätzlich wird es sich daher in § 127 um ein Besitzpfand handeln. Pfandrechte mit Veräußerungsbefugnis und der Möglichkeit der Haftungsbefreiung für den Pfandschuldner, ohne daß der Erlös als Surrogat an die Stelle der Sache tritt, und ohne Erstattungspflicht des lösenden Pfandschuldners fallen nicht unter § 127 KO.

Hervorzuheben ist übrigens noch, daß das Reichsgericht durch Bezugnahme auf § 127 die Befugnis des Konkursverwalters anerkennt, die Sachen zu veräußern.

Auf dem Standpunkt des Reichsgerichts steht auch das Kammergericht in einer Entscheidung vom 22. 2. 1910[8]).

§ 10.

c) Die Veräußerung — eine Zwangsvollstreckung?

Bevor eine weitere Begründung des Reichsgerichts besprochen wird, bedarf es zunächst einer Vorbemerkung.

Nach dem preußischen Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. 7. 1883[1]) konnte ein Hypothekengläubiger der Pfändung von beweglichen Sachen oder Zubehörungen durch Dritte widersprechen. Dieser Rechtsgrundsatz ist in der ZPO., und zwar durch die Novelle von 1898 inbezug auf das Zubehör dahin umgestaltet, daß dieses im Wege der Mobiliarvollstreckung überhaupt nicht mehr in Beschlag genommen werden kann[2]). Während es also das frühere preußische Recht dem Realgläubiger überließ, einer Pfändung beweg-

[8]) LZ. 11, 315.
[1]) § 206 Abs. 2.
[2]) § 865 Abs. 2 ZPO.

licher mitverhafteter Sachen zu widersprechen, erklärt das geltende Reichsrecht eine Zubehörpfändung schlechthin für unzulässig.

Das Reichsgericht sagt nun folgendes:

Von dem Standpunkte ausgehend, daß eine Zubehörveräußerung durch den Konkursverwalter nicht nur zur Wahrung der Interessen des Kridars, sondern auch der der Konkursgläubiger erfolgt, muß, „wenn es auch richtig sein mag, daß eine solche Veräußerung nicht schlechthin und nicht in allen Beziehungen als eine Zwangsvollstreckung betrachtet werden darf, doch anerkannt werden, daß sie materiell einer solchen gleichsteht, und daß sie in Beziehung auf dritte, denen das Gesetz ein Widerspruchs- oder ein Vorzugsrecht für den Fall einer Zwangsvollstreckung beigelegt hat, wie eine solche wirkt[3])."

Diese Rechtsauffassung ist übrigens schon in früheren Entscheidungen des Reichsgerichts teils nur angedeutet, teils vollständig durchgeführt[4]).

Infolgedessen wendet das Reichsgericht die Vorschriften der ZPO. über die Pfändung von Grundstückszubehör auf unsern Fall analog an. Ausgehend von dem oben besprochenen § 865 Abs. 2, der die Pfändung von Grundstückszubehör verbietet, erklärt es zunächst eine Veräußerung durch den Konkursverwalter für unzulässig. Geschieht sie trotzdem, so gibt das Reichsgericht dem Hypothekengläubiger den Schutz des § 771 ZPO. Nach diesem ist jeder, dem an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung, demgemäß hier an dem veräußerten Zubehör ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, zum Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung durch Klage bei dem Gericht berechtigt, das die Zwangsvollstreckung vorgenommen hat.

Ferner gibt das Reichsgericht dem Realgläubiger auch den Schutz des § 805 ZPO.[5]), wonach bei Pfändung einer Sache ein Dritter, der sich nicht im Besitze der Sache be-

[3]) RG. 42, 89, ebenso RG. 69, 85.

[4]) Vgl. z. B. Urt. v. 19. 5. 85 in RG. 14, 1 (II. Ziv.-Sen.) und v. 13. 10./6. 11. 86 in JW. 86, 414 Nr. 3.

[5]) Ebenso Reinhard, ZVG. § 173, I; Jaeckel, ZVG. § 173.

findet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts zwar nicht der Pfändung widersprechen, jedoch seinen Anspruch auf Vorzugsbefriedigung im Wege der Klage auf den Erlös geltend machen kann. In analoger Anwendung dieses Rechtssatzes erhält demnach der Hypothekengläubiger gegenüber der Konkursmasse einen Anspruch auf den Erlös des veräußerten Zubehörs.

In der Entscheidung im 42. Band wird der Anspruch — mit Rücksicht auf das bloße Widerspruchsrecht des Realgläubigers in § 206 des preuß. Gesetzes — von dem gegenüber dem Konkursverwalter erklärten Widerspruch gegen die Veräußerung abhängig gemacht, während in der des 69. Bandes im Anschluß an § 865 Abs. 2 ZPO. der Anspruch schlechthin gegeben wird, gleichgültig, ob der Absonderungsberechtigte dem Konkursverwalter gegenüber etwas hat darüber verlauten lassen, daß er ein Absonderungsrecht daran geltend mache.

Diese Anschauung des Reichsgerichts weicht in ihren Voraussetzungen und Folgen wesentlich von der in § 9 dargetanen ab. Zunächst setzt sie eine Versteigerung[6]) der verwerteten beweglichen Sachen nicht voraus, gilt vielmehr auch bei freiwilliger Veräußerung. Weiterhin verbietet sie dem Konkursverwalter schlechthin die Veräußerung, bezieht sich aber nur auf Zubehör.

Ist der Begründung des höchsten Gerichtshofs beizustimmen? Auch hier muß wieder mit nein geantwortet werden:

Wenn das Reichsgericht die Veräußerung durch den Konkursverwalter materiell einer Zwangsvollstreckungshandlung, d. h. hier einer Pfändung gleichstellt, so kann das nur soviel bedeuten: Zweck und Wirkung der Veräußerung sind die gleichen wie bei der Pfändung.

Nun wird die Pfändung stets vorgenommen, um nach dem Prinzip der Praevention oder dem Satze prior tempore, potior iure einem Gläubiger zu seinem Rechte zu verhelfen. Zweck der Veräußerung ist dagegen vor allem Konstituierung des gemeinschuldnerischen

[6]) § 127 KO. „Zwangsvollstreckung".

Vermögens und dann die Verteilung dieser so entstandenen Konkursmasse an eine Vielheit von Konkursgläubigern nach dem Grundsatze der Verlustgemeinschaft, der par condicio creditorum. Sie ist in erster Linie Verwaltungshandlung des die Rechte des Gemeinschuldners ausübenden Konkursverwalters.

In ihrer Wirkung steht die Veräußerung durch den Konkursverwalter allerdings einer Pfändung durch die dieser hinzukommende Verwertung der gepfändeten Sache gleich, denn sie führt ebenso wie diese den Verlust des Pfandrechts an diesen Sachen für den Hypothekengläubiger herbei. Doch diesen Verlust bringt auch jede Veräußerung durch den Eigentümer nach §§ 1121 ff. mit sich, und müßte dann auch einer Zwangsvollstreckungshandlung materiell gleichgestellt werden. M. E. ist es daher gekünstelt, die Veräußerung durch den Verwalter als eine Pfändung anzusehen. Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio rechtfertigt den Analogieschluß. Nach Schaefer[7]) ist er nur da angebracht, „wo die Verhältnisse, auf welche eine für andere Fälle gegebene und berechnete Vorschrift übertragen werden solle, derartig gleich oder ähnlich liegen, daß die Uebertragung als eine konsequente Durchführung des vom Gesetzgeber verfolgten Zweckes erschiene". Das ist aber hier nicht der Fall, und somit erweckt dieser Analogieschluß den Eindruck eines Mittels zum Zweck, Vorschriften der ZPO. auf den Konkurs zu übertragen. Man wird ihn daher ablehnen müssen[8]).

Aber auch selbst, wenn man der Ansicht des Reichsgerichts beistimmte, wäre immer noch zu bedenken, ob sich denn auch die von ihm gezogenen Folgen ergäben und man wirklich die §§ 771, 805 ZPO. auf diesen Fall anwenden könnte. Es wäre das ja nur möglich, wenn ihr Schutz auch dem Hypothekengläubiger — vom Konkursverfahren ganz abgesehen — bei einer nach § 865 Abs. 2 ZPO. unzulässigen Pfändung gegeben würde. Das ist

[7]) LZ. 11, 1.

[8]) Jaeger, Komm. II, S. 146; übrigens auch RGR. Komm. § 1121 Anm. 1.

aber bezüglich beider Vorschriften bestritten. Es ist zwar in wiederholten Entscheidungen[9]) die Anwendbarkeit des § 771 auf den Fall ausgesprochen worden, ebenso treten viele Schriftsteller dafür ein[10]), aber es sei hier wenigstens darauf hingewiesen, daß auch namhafte Juristen der entgegengesetzten Meinung sind[11]). Diese Frage hier eingehender zu behandeln, fällt aus dem Rahmen unserer Betrachtung. Nur soviel soll gesagt sein, daß die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. doch auf Grund von Rechten der Gläubiger gegeben wird. Es ist zum mindesten zweifelhaft, ob bei der Neuschaffung dieses im Jahre 1898 im Interesse des Grundstücks dem § 865 hinzugefügten zweiten Absatzes der Gedanke des Gesetzgebers der gewesen ist, dadurch auch ein Recht, und zwar ein die Veräußerung hinderndes Recht des Hypothekengläubigers zu statuieren.

Bei freihändiger Veräußerung des Zubehörs durch den Konkursverwalter wird der Vorteil des § 771 für den Realgläubiger von vornherein illusorisch. Denn da bei der Pfändung die Geltendmachung des Anspruchs aus § 771 nur bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung, also dann nicht mehr möglich ist, wenn der Erlös der gepfändeten versteigerten Sache an den Gläubiger abgeliefert worden ist, müßte man diesen Zeitpunkt bei der freihändigen Veräußerung wohl schon mit dieser als eingetreten betrachten, nicht erst mit der Abführung des Erlöses an die Masse[12]).

Auch die Anwendbarkeit des § 805 für den Realgläubiger bei Zubehörpfändung und damit nach Ansicht des Reichsgerichts auch bei Veräußerung durch den Konkursverwalter möchte ich bezweifeln.

Das Reichsgericht will die Veräußerung des Zubehörs durch den Konkursverwalter dann nicht als einer Zwangs-

[9]) RG. 55, 207; 63, 373; OLG. 6, 270; Seuff. Arch. 58, 127; JW. 03, 315 Nr. 10.
[10]) Jaeckel-Güthe, Ziff. 21 der Vorbemerkungen; Kretzschmar Sach-R. 459.
[11]) Gaupp-Stein § 865, Anm. 4; Kretzschmar, ZVG. § 4 II; wohl auch Schmidt S. 1035.
[12]) a. M. allerdings OLG. 4, 369.

vollstreckung materiell gleichstehend ansehen „wenn sie sich als eine zur ordnungsmäßigen Fortführung der Wirtschaft gehörige Maßregel und als aus diesem Grunde zulässige Verwaltungshandlung rechtfertigen läßt“[13]). Wenn der Konkursverwalter demnach nicht wie im Tatbestand der Entscheidung im 69. Band alle fünf Pferde zu Geld gemacht hätte, sondern nur zwei Stück in der Einsicht, daß drei zum Wirtschaftsbetrieb genügten, so wäre diese Verwaltungshandlung nach Ansicht des Reichsgerichts keiner Pfändung gleich gewesen. Und doch wäre der Erlös genau so in die Masse geflossen wie vorher und wäre in der gleichen Weise den Konkursgläubigern zu gute gekommen. Auch ist hervorzuheben, daß § 865 Abs. 2 ZPO. nichts über Ordnungsmäßigkeit sagt, vielmehr die Pfändung von Zubehör schlechthin verbietet, und daß der Erfolg einer Zubehörveräußerung, mag sie nun wirtschaftlich oder unwirtschaftlich sein, für den Realgläubiger stets der gleiche ist, nämlich Verlust einer ihm verhafteten Sache. Eine Begründung, den Analogieschluß nur im Falle unwirtschaftlicher Veräußerung zu ziehen, ist somit schlechterdings nicht zu ersehen; diese Einschränkung und damit der Analogieschluß selbst haben daher etwas Willkürliches an sich, das zur Ablehnung des letzteren mit beitragen muß.

Unter Umständen wird es umfangreicher Erörterungen bedürfen, festzustellen, ob die Veräußerung wirtschaftlich oder unwirtschaftlich sein würde. Der Konkursverwalter wird häufig in eine Lage kommen, wo er selbst nicht weiß, ob er Zubehör veräußern darf oder nicht, da ja seine Handlungsweise unwirtschaftlich und damit unzulässig sein könnte, und dann die Masse den Erlös wieder herausgeben müßte. Dieser Zweifel braucht sich dabei nicht auf das Zubehör zu beschränken, wird sich vielmehr leicht auch auf andere mitverhaftete bewegliche Sachen erstrecken, über deren Eigenschaft er sich nicht im klaren ist. Denn wer gewährleistet ihm, daß die Sachen, die er als Bestandteile oder Erzeugnisse ansieht, nicht in einem vom Absonderungs-

[13]) RG. 69, 93.

berechtigten angestrengten Prozeß für Zubehör erklärt werden.

Um allen diesen Gefahren zu entgehen, wird er daher in Fällen, wo er sich auch von einer Zwangsversteigerung nach § 126 KO. nichts für die Vorteile der Masse verspricht, also bei überbelasteten Grundstücken, diese freigeben[14]). Durch die Freigabe erlischt sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht, der Gemeinschuldner erlangt dasselbe zurück, damit aber auch wieder die Fähigkeit, pfandbelastete Gegenstände nach §§ 1121 ff. zu veräußern und von der Haftung freizumachen.

§ 11.

d) Der Erstattungsanspruch — eine Masseschuld nach § 59 Ziff. 3 KO.?

Auch Gesichtspunkte allgemeinerer Natur führt das Reichsgericht zur Rechtfertigung seiner Meinung an.

Das dem Eigentümer zustehende Verfügungsrecht über mitverhaftete bewegliche Sachen bekomme in der Hand des Konkursverwalters eine andere Bedeutung. „Durch die Abführung des Erlöses veräußerter Zubehörgegenstände in die Konkursmasse würde diese Werte empfangen, die nicht ihr zukämen, sondern den Absonderungsberechtigten, um die sie also rechtlos bereichert werden würde[1])". Da nach § 59 Ziff. 3 KO. zu den Masseschulden, d. s. Schulden, die aus der Konkursmasse vorweg zu berichtigen sind[2]), auch die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse gehören, stände dem Hypothekengläubiger ein Erstattungsanspruch aus § 59 Ziff. 3 KO. zu.

Auch dieser Anschauung muß entgegengetreten werden.

Es genügt dafür einmal die Bezugnahme auf den oben[3]) erörterten § 1121 BGB., der dem Grundstückseigentümer ein Lösungsrecht hinsichtlich hypothekbelasteter beweglicher Sachen gibt und nichts davon sagt, daß der Erlös

[14]) Jaeger II S. 146 Anm. 1.
[1]) RG. 69, 92; ebenso LZ. 12, 696/697.
[2]) § 57 KO.
[3]) Oben § 2.

an die Stelle der Sache tritt, weiter die Bezugnahme auf den ebenfalls besprochenen[4]) § 6 KO., wonach mit Konkurseröffnung die Befugnisse des Gemeinschuldners auf den Konkursverwalter übergehen. Wenn der letztere in Ausübung dieser Befugnisse hypothekbelastete bewegliche Sachen veräußert und den Erlös zur Konkursmasse zieht, so handelt er ordnungs- und rechtmäßig als gesetzlicher berechtigter Vertreter des Kridars und zugleich in Wahrung der Interessen der Konkursgläubiger, wie sie ihm nach seiner Stellung obliegt. Er würde seinen Verwalterpflichten nicht in der ordnungsgemäßen Weise nachkommen, wenn er nicht geltendgemachte Absonderungsrechte berücksichtigen wollte.

Das ist m. E. der Standpunkt, auf den man sich zu stellen hat und auf dem auch die KO. steht. Von ihm aus betrachtet liegt kein Grund vor, den Konkursverwalter hinsichtlich der Berechtigung des § 1121 B.G.B. dadurch anders zu stellen, daß man ihn in ihrer Ausübung beschränkt oder sie ihm nimmt. Der Erlös hypothekbelasteter beweglicher Sachen fließt deswegen mit Recht in die Konkursmasse und kann nicht als ungerechtfertigte Bereicherung derselben angesehen werden[5]).

In konsequenter Durchführung seiner Anschauung wird das Reichsgericht schließlich auch dem Realgläubiger gegenüber dem Konkursverwalter den Anspruch aus § 823 BGB. wegen unerlaubter Handlung geben. Daß man in Fällen, in denen der Grundstückseigentümer in der Absicht, die Realgläubiger zu schädigen, Zubehörstücke und andere hypothekbelastete bewegliche Sachen verschleudert und damit das Grundstück, wie man zu sagen pflegt, kalt abbrennt, dies als unerlaubte Handlung gegenüber den Realgläubigern betrachtet, wird nicht von der Hand zu weisen sein[6]). Man wird daher den letzteren das Recht geben, gegen den Grundstückseigentümer und die bösgläubigen Erwerber der haftungsbefreiten Sachen auf Grund von § 823 BGB. vorzugehen. In keinem Falle

[4]) Oben § 5.
[5]) Jaeger, Komm. II, S. 146 Anm. 1.
[6]) Josef im „Recht" 05, 41.

wird man aber die Veräußerungshandlungen des Konkursverwalters mit denen eines unredlichen Eigentümers auf eine Stufe stellen und aus dessen Haftungspflichten Analogieschlüsse für die Beurteilung von Handlungen des Verwalters ziehen können. Denn der letztere wird bei der Veräußerung hypothekbelasteter beweglicher Sachen nicht in der Absicht tätig, die Absonderungsberechtigten zu schädigen.

Uebrigens wird m. E. der oben dargetane Schadensersatzanspruch auch nicht schlechthin dann zu geben sein, wenn lediglich die Voraussetzungen der Devastationsklage gemäß §§ 1134, 1135 BGB. vorliegen, ohne daß eine *Benachteiligungs*absicht auf Seiten des Schuldners vorhanden ist[7]); denn die Handlungen, gegen die die §§ 1134, 1135 schützen wollen, können wohl nicht ohne weiteres als widerrechtliche[8]) angesehen werden. Das würde im Widerspruch zu den *Rechten* des Eigentümers nach §§ 1121 ff. stehen.

§ 12.

e) Weitere Ablehnungsgründe.

Außer den bisher dargetanen Bedenken müssen auch Gesichtspunkte *allgemeinerer* Natur zur Ablehnung der Auffassung des Reichsgerichts führen.

I. Indem das Reichsgericht die Veräußerung von beweglichen hypothekbelasteten Sachen durch den Konkursverwalter vor erfolgter Beschlagnahme für unzulässig erklärt und im Falle der Veräußerung dem Realgläubiger einen Erstattungsanspruch gibt, legt es dem Konkursverwalter die *Pflicht* auf, solche Absonderungsrechte zu *berücksichtigen*, die noch garnicht in der vorgeschriebenen Weise geltend gemacht worden sind und vor allem, die der Realgläubiger *vor* der Konkurseröffnung noch verlieren konnte.

Diese Anschauung deckt sich aber nicht mit den Grundsätzen, die das Reichsgericht in mannigfachen anderen Entscheidungen niedergelegt hat, in denen es sich über die Stellung des Konkursverwalters zu den Absonderungsberechtigten ausläßt, und wird den dortigen Rechtsauffassungen in

[7]) a. M. RG. 73, 335.
[8]) JW. 07, 332 Nr. 10.

keiner Weise gerecht. So insbesondere nicht mit der in RG. 25, 19[1]) und der in RG. 52, 138[2]), in der den Absonderungsberechtigten die Möglichkeit gegeben wird, sich im Konkurse des Grundstückseigentümers durch einstweilige Verfügung die Haftung der Mietzinsen zu sichern. Es wird dort ausdrücklich gesagt, daß der Konkursverwalter durch Berücksichtigung eines nicht geltend gemachten Absonderungsrechts gegen seine Obliegenheiten verstoßen würde.

Es ist auch kein Grund zu ersehen, warum die Veräußerung von mitverhafteten beweglichen Sachen durch den Konkursverwalter anders zu beurteilen sein soll als die Einziehung mitverhafteter Forderungen.

II. Durch die Aufstellung des Satzes, daß die noch *vor* Konkurseröffnung gemäß § 1121 BGB. zulässige Veräußerung mitverhafteter beweglicher Sachen *nach* Konkurseröffnung unzulässig sei, würde der Zeitpunkt der Konkurseröffnung für die Absonderungsberechtigten von großer *Bedeutung* sein. Denn von ihm an wäre ihr Pfandrecht und *bedingtes* Verwertungsrecht[3]) an diesen Sachen zum *unbedingten* geworden, jede Gefahr, durch Veräußerung nach §§ 1121 ff. dies Pfandrecht zu verlieren, nunmehr ausgeschlossen.

Für die Realgläubiger führte somit die Konkurseröffnung eine *Aenderung* ihrer Rechtslage *zu ihren Gunsten* herbei. Sie bedeutete für sie eine Erweiterung des Kreises der ihnen verhafteten Gegenstände, wäre für sie also eine *Verbesserung* ihrer Lage. Denn vom Zeitpunkt der Konkurseröffnung ab hätten sie etwas erlangt, was sie vorher nicht besaßen.

Wie oben[4]) dargetan, ist in der KO. der Grundsatz aufgestellt und auch streng durchgeführt, daß die Befriedigung der Absonderungsberechtigten *unabhängig* vom Konkursverfahren erfolgt, die Konkurseröffnung auf die rechtliche Stellung dieser Gläubiger ohne jeden Einfluß ist und ihre Stellung in keiner Weise ändert.

---

[1]) Oben § 8, I.
[2]) Oben § 7, 1.
[3]) Oben § 9.
[4]) Oben § 5.

Die vom Reichsgericht vertretene Ansicht durchbricht diesen Grundsatz. Ihre Tragweite liegt darin, daß durch sie fremde Ideen in unsere KO. hineingebracht werden.

Ja, man wird sogar noch weiter gehen können.

Der Gesetzgeber hat bei Schaffung der KO. sicher alte, damals bestehende Konkursgesetze zugrunde gelegt. In der preußischen KO. steht die oben[5]) bereits zitierte Vorschrift, daß der Konkursverwalter seine Tätigkeit nur unbeschadet der Rechte der Realgläubiger ausüben dürfe. Dieser Satz ist nicht mit in die Reichs-KO. übernommen, vielmehr abgelehnt worden. Die Anschauung des Reichsgerichts stellt sich somit sogar als Rückkehr zu ausgemerzten Rechtssätzen dar, ist demnach nicht eine Weiterbildung bestehender Vorschriften, sondern ein Rückschritt.

Wenn man nun noch bedenkt, daß diese Anschauung auch im Widerspruch zu dem Grundsatz des § 6 KO. steht, der dem Konkursverwalter das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners gibt, so wird sie, wie schon in der Einleitung gesagt, zu einer Frage prinzipieller Natur und läuft in letzter Hinsicht auf eine Rechtsänderung hinaus[6]).

III. Daß nach dem Systeme unserer KO. der Konkursverwalter unter allen Umständen die Befugnis hat, hypothekbelastete bewegliche Sachen zu veräußern und den Erlös der Masse zuzuwenden, beweist übrigens auch eine Stelle aus den Motiven zum ZVG.

Wenn der Konkursverwalter gemäß § 126 KO. in die Grundstücke des gemeinschuldnerischen Vermögens die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung betreibt, so gilt nach § 173 ZVG. der Beschluß, der das Verfahren anordnet, nicht als Beschlagnahme des Grundstücks[7]).

Die Motive zum ZVG.[8]) sagen hierüber: „Der Konkursverwalter ist mithin, auch nachdem die Zwangsversteigerung auf seinen Antrag angeordnet ist, in derselben

[5]) Oben § 5 a. E.
[6]) Schneider in LZ. 09, 427.
[7]) Im Gegensatz zu §§ 23, 24 ZVG.
[8]) S. 356.

Weise wie vorher über die Gegenstände des Verfahrens zu verfügen berechtigt. Hierdurch erscheinen allerdings die Absonderungsberechtigten, namentlich die Hypotheken- und Grundschuldgläubiger in ihren Rechten gefährdet. Aber der Grund dieser Gefahr liegt in dem Systeme der KO., nach welchem das Recht auf abgesonderte Befriedigung unabhängig von dem Konkursverfahren seitens der Berechtigten zu betreiben ist und der Verwalter nicht die Aufgabe hat, auf dieses Recht, solange dasselbe nicht geltend gemacht ist, Rücksicht zu nehmen. Will man hierin einen Uebelstand finden, so kann demselben zweckmäßig nur durch eine Revision der KO. abgeholfen werden."

Der Standpunkt des Reichsgerichts ließe sich schließlich rechtfertigen, wenn durch die gegenteilige Auffassung eine schwere Schädigung der Realgläubiger zu befürchten wäre, der diese machtlos gegenüberständen. Das ist aber nicht der Fall. Denn es ist oben[9]) ausgeführt worden, daß die Absonderungsberechtigten nach Konkurseröffnung genau so im Stande sind, ihre Rechte zu realisieren, insbesondere die Beschlagnahme der ihnen mitverhafteten beweglichen Sachen zu erwirken, wie vor Konkurseröffnung.

Bemerkt sei noch, daß Josef[10]) auch in Fällen, wo der Konkursverwalter Versicherungsgelder für vernichtetes Zubehör vor ihrer Beschlagnahme eingezogen hat, dem Realgläubiger einen Erstattungsanspruch gegenüber der Masse geben will. Er beruft sich dabei auf die ergangenen Reichsgerichtsentscheidungen und sagt, es sei in der rechtlichen Beurteilung kein Unterschied zwischen der Veräußerung von Zubehör und der Einziehung von Versicherungsgeldern für zerstörtes Zubehör. In solchen Fällen sei der Konkursverwalter verpflichtet, entweder neues Zubehör anzuschaffen oder die Versicherungssumme dem Realgläubiger herauszuzahlen. Diese Ansicht ist aus den gleichen Gründen abzulehnen wie die Anschauung des Reichsgerichts.

---

[9]) Oben § 5.
[10]) LZ. 09, 521.

Zum Schlusse sei noch die Frage aufgeworfen, ob de lege ferenda nach Konkurseröffnung noch eine Verschiebung der Haftungslage zuungunsten der Realgläubiger zuzulassen ist. Es ist wohl nicht zweifelhaft, daß der heutige Standpunkt der Gesetze, wie er eben dargetan ist, an der sogenannten Hypothekennot mit Schuld ist. Die Frage sei nicht direkt bejaht, aber eine Aenderung der Rechtslage der Hypothekengläubiger im Konkursverfahren würde vielleicht mit dazu beitragen, die heutige Kreditnot des Grundbesitzes zu heben[11]).

[11]) Vgl. hierzu Heinitz in DJZ. 14, 33 ff. Allerdings wäre wohl besser § 15 KO. und nicht § 47 abzuändern (S. 35 a. a. O.).